مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية
العدد/ ٣ السنة/ ١

التصرف في الوصية بعد إنشائها وأثره في الفقه الإسلامي والقانون

م. قحطان هادي عبد

كلية القانون/جامعة تكريت

المقدمة

بسم الله والحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله سيدنا محمد وعلى اله وصحبه ومن اهتدى بهديه واستن بسنته الى يوم الدين وبعد :

الوصية في القانون العراقي تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت مقتضاه التمليك بلا عوض وأركانه أربعة وهي الصيغة والموصي والموصى له والموصى به ومن المقرر في الوصية ان للموصي التصرف في وصيته بعد إنشائها بأنواع التصرفات كافة القولية منها والفعلية وله الحق في ان يغير او يعدل في الركن الرابع وهو الموصى به . محل الوصية . من الاعيان أو المنافع فله ان يغير حالها أو معالمها بعد انشاء الوصية ، وله ان يغير جنس الموصى به أو نوعه أو ان يزيده أو ينقصه أو يخلطه أو يدمجه بغيره او يعزله عن بعضه وهو ما يعنينا في هذا البحث وما هو اثر ذلك على الوصية وهل يعد ذلك رجوعا عنها أم ابطال لها أم تشريك فيها بين الموصى له وغيره أو بينه وبين الورثة .

سنبحث في حكم هذه التصرفات في الفقه الاسلامي ثم موقف قوانين الأحوال الشخصية العربية منها وقانون الاحوال الشخصية العراقي .

لذا سينقسم البحث على مبحثين يتضمن الاول منها حدود صلاحية الموصي في التصرف بالوصية بعد إنشاءها في الفقه الإسلامي والقوانين المقارنة ويتضمن المبحث الثاني اثر هذه التصرفات على الوصية وبما تفسر هذه التصرفات في الفقه الإسلامي ثم موقف قوانين الأحوال الشخصية العربية والقانون العراقي من تنظيم هذا الموضوع .ونختتم البحث بخاتمة تبين اهم النتائج التي تم التوصل لها والمقترحات القانونية المنظمة لموضوع البحث .

المبحث الأول

حق الموصي في التصرف في الوصية بعد إنشائها في الفقه الإسلامي والقوانين المقارنة

لبيان هذا الحق في الفقه الإسلامي والقانون سينقسم المبحث على مطلبين:

المطلب الأول

حق الموصي في التصرف في الوصية بعد إنشائها في الفقه الإسلامي

أجمع أهل العلم على أن للموصي أن يرجع في جميع ما أوصى به وفي بعضه إلا الوصية بالإعتاق والأكثرون على جواز الرجوع في الوصية به أيضا ،[١] وذلك لما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال :" يغير الرجل ما شاء من الوصية ".[٢]

وبه قال عطاء و جابر بن زيد و الزهري و قتادة و أحمد و إسحاق و أبو ثور وقال الشعبي و ابن سيرين و ابن شبرمة والنخعي : يغير منها ما شاء إلا العتق لأنه اعتاق بعد الموت فلم يملك تغييره كالتدبير ، وبما أنها وصية فملك الرجوع عنها كغير العتق ولأنها عطية تنجز بالموت فجاز له الرجوع عنها قبل تنجيزها كهبة ما يفتقر إلى القبض قبل قبضه وفارق التدبير فإنه تعليق على شرط فلم يملك تغييره كتعليقه على صفة في الحياة .[٣]

ويحصل الرجوع بقول الموصي : رجعت في وصيتي أو أبطلتها أو غيرتها أو ما أوصيت به لفلان فهو لفلان أو فهو لورثتي أو في ميراثي وإن أكله أو أطعمه أو أتلفه أو وهبه أو تصدق به أو باعه أو كان ثوبا غير مفصل ففصله ولبسه أو جارية فأحبلها أو ما أشبه هذا فهو رجوع قال ابن المنذر : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم أنه إذا أوصى لرجل بطعام فأكله أو بشيء فأتلفه أو تصدق به أو وهبه أو بجارية فأحبلها أو أولدها أن يكون رجوعا وحكي عن أصحاب الرأي أن بيعه ليس برجوع لأنه أخذ بدله بخلاف الهبة ، وبما أنه أزال ملكه عنه فكان رجوعا كما لو وهبه وأن عرضه على البيع أو وصى ببيعه أو أوجب الهبة فلم يقبلها الموهوب له أو كاتبه أو وصى بإعتاقه أو دبره كان رجوعا لأنه يدل على اختياره للرجوع بعرضه على البيع وإيجابه للهبة ووصيته ببيعه أو اعتاقه لكونه وصى بما ينافي الوصية الأولى والكتابة بيع والتدبير أقوى من الوصية لأنه ينجز بالموت فيسبق أخذ الموصى له وإن رهنه كان رجوعا لأنه علق به حقا يجوز بيعه

فكان أعظم من عرضه على البيع وفيه وجه آخر أنه ليس برجوع لأنه لا يزيل الملك فأشبه إجارته وكذلك الحكم في الكتابة .[٤]

وتبَطَلَ الْوَصِيَّةُ بِالرُّجُوعِ فِيهَا مِنْ الْمُوصِي سَوَاءٌ وَقَعَ مِنْهُ الْإِيصَاءُ فِي صِحَّةٍ أَوْ مَرَضٍ بِعِتْقٍ أَوْ غَيْرِهِ ؛ لِأَنَّهَا مِنْ الْعُقُودِ الْجَائِزَةِ إجْمَاعًا فَيَجُوزُ لَهُ الرُّجُوعُ فِيهَا مَا دَامَ حَيًّا وَإِنْ كَانَ رُجُوعُهُ بِمَرَضٍ ، وَالرُّجُوعُ عَنْ الْوَصِيَّةِ يَكُونُ بِقَوْلٍ صَرِيحٍ كَأَبْطَلْتهَا أَوْ رَجَعْت عَنْهَا أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ أَوْ بِفِعْلٍ مِثْلُ البَيْع لِمَا أَوْصَى بِهِ او عِتْق لِرَقَبَةٍ أَوْصَى بِهَا لِزَيْدٍ مَثَلًا وَكِتَابَة لِمَنْ أَوْصَى بِهِ و إِيلَاد لِأَمَةٍ مُوصَى بِهَا أو حَصْدِ زَرْع أَوْصَى بِهِ .[٥]

وَيَجُوزُ لِلْمُوصِي الرُّجُوعُ عَنْ الْوَصِيَّةِ لِوَجْهَيْنِ : أَحَدِهِمَا : أَنَّهُ تَبَرُّعٌ لَمْ يَتِمَّ ؛ لِأَنَّ تَمَامَهَا بِمَوْتِ الْمُوصِي وَالتَّبَرُّعُ التَّامُّ كَالْهِبَةِ جَازَ الرُّجُوعُ فِيهِ فَفِيمَا لَمْ يَتِمَّ أَوْلَى ،

وَالثَّانِي : أَنَّ الْقَبُولَ يَتَوَقَّفُ عَلَى الْمَوْتِ ، وَالْإِيجَابُ الْمُفْرَدُ يَجُوزُ إبْطَالُهُ فِي الْمُعَاوَضَاتِ كَمَا فِي الْبَيْعِ فَفِي التَّبَرُّعِ أَوْلَى .[٦]

وللموصي الرجوع عن الوصية أي عن التبرع المتعلق بالموت بالإجماع ولأنه عطية لم يزل عنها ملك معطيها فأشبهت الهبة قبل القبض ، وعن بعضها كمن أوصى بشيء ثم رجع عن بعضه لما روى البيهقي عن عمر رضي الله تعالى عنه :" يغير الرجل من وصيته ما شاء " [٧] ويحصل الرجوع بالقول بأمور منها قول الموصي نقضت الوصية أو أبطلتها أو رفعتها أو رددتها أو رجعت فيها أو فسختها أو أزلتها ونحو ذلك من الصرائح وكذا لو قال هو حرام على الموصى له على المذهب عند الشافعية .[٨]

أو قول الموصي هذا لوارثي بعد موتي مشيرا إلى الموصى به أو هو ميراث عني لأنه لا يكون لوارثه إلا إذا انقطع تعلق الموصى له عنه .[٩]

فنخلص انه اتفق الفقهاء على أن الوصية عقد غير لازم ، وأنه يجوز للموصي في حال حياته الرجوع عنها كلها أو بعضها ، سواء وقع منه الإيصاء في حال صحته أم مرضه ؛ لقول عمر رضي الله عنه: « يغير الرجل ما شاء من الوصية » . ولأنها عطية أو تبرع لم يتم ينجز بالموت ، فجاز الرجوع عنها قبل تنجيزها ، ولأن القبول يتوقف على الموت ، والإيجاب يصح إبطاله قبل القبول كما في البيع .

واتفقوا أيضاً على أن الرجوع عن الوصية يكون إما بالقول الصريح ، أو بالدلالة وهو ما يجري مجرى الصريح قولاً أو فعلاً ، ومن أمثلة الرجوع الصريح: أن يقول الموصي : نقضت الوصية أو أبطلتها أو رجعت فيها ، أو فسختها أو أزلتها ، ونحوها من الصرائح .

ومن أمثلة ما يجري مجرى الصريح أن يقول: هو حرام على الموصى له ، أو هذا لوارثي أو يقوم بتصرف في الموصى به يدل على رجوعه كالبيع والإصداق ، والهبة والرهن مع قبض أم لا ، واستهلاك الشيء كذبح الشاة الموصى بها أو أكلها .

المطلب الثاني

حق الموصي في التصرف في الوصية بعد إنشائها في القوانين المقارنة

نص قانون الوصية المصري المرقم ٧١ لسنة ١٩٤٦م على حق الموصي في التصرف في وصيته بعد انشائها بجميع انواع التصرفات واهمها الرجوع عن الوصية كلا او بعضا بقوله :" يجوز للموصي الرجوع عن الوصية كلها او بعضها صراحة او دلالة ، ويعتبر رجوعا عن الوصية كل فعل او تصرف يدل بقرينة او عرف على الرجوع عنها ومن الرجوع دلالة كل تصرف يزيل ملك الموصي عن الموصى به " .[١٠]

ونص قانون الأحوال الشخصية السوري المرقم ٥٩ لسنة ١٩٥٣م على مبدأ الرجوع عن الوصية واعتبره احد أسباب بطلان الوصية بقوله :" تبطل الوصية برجوع الموصي عن الوصية صراحة او دلالة ".[١١]

ثم جاء بالمادة التي تليها بالتصرفات التي تنطوي تحته حيث نصت على انه:" يعتبر رجوعا عن الوصية كل فعل او تصرف يدل بقرينة او عرف على الرجوع عنها ما لم يصرح الموصي بانه لم يقصد الرجوع ." [١٢]

وكذلك نص قانون الاحوال الشخصية القطري على جواز تعديل الوصية او الرجوع عنها كلا او بعضا صراحة او دلالة بقول او فعل يدل على الرجوع كبيع الموصى به او هبته أو بأي تصرف يفوت الموصى به المعين او يغير وصفه كليا . [١٣]

وكذلك كان موقف قانون الأحوال الشخصية الكويتي المرقم ٥١ لسنة ١٩٨٤م في المادة ٢٢٨ منه ، وقانون الأحوال الشخصية الإماراتي المرقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥م في المادة ٢٤٨ .

أما قانون الاحوال الشخصية العراقي المرقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩م فقد جعل رجوع الموصي عما اوصى به احد اسباب بطلان الوصية واشترط دليلا للرجوع يعدل قوة الدليل الذي ثبتت به الوصية .[١٤]

نخلص إلى أن القوانين المقارنة وافقت اتفاق الفقهاء على جواز الرجوع عن الوصية صراحة أو دلالة، كما وافقت اتفاقهم على حالات الرجوع الصريح ، وعلى ما يعتبر رجوعاً عن الوصية دلالة من كل فعل أو تصرف يدل بقرينة أو عرف على الرجوع عنها ، ما لم يصرح الموصي بأنه لم يقصد الرجوع ، ومن الرجوع دلالة كل تصرف يزيل ملك الموصي عن الموصى به أو يفوت الموصى به كاستهلاكه بأكل أو ذبح او غيره .

المبحث الثاني
أثر تصرف الموصي في وصيته بعد إنشائها في الفقه الإسلامي والقوانين المقارنة

بعد أن خلصنا إلى جواز الرجوع عن الوصية صراحة ، أو دلالة بتصرف الموصي في الوصية بعد إنشائها نأتي الآن إلى صور هذه التصرفات وما يعد منها رجوعا عن الوصية وما لا يعد رجوعا وأثره على الوصية في الفقه الإسلامي والقوانين المقارنة وذلك في مطلبين .

المطلب الأول
اثر تصرف الموصي في وصيته بعد إنشائها في الفقه الإسلامي

لقد فصل الفقهاء المسلمون في تصرفات الموصي في وصيته بعد إنشائها وضربوا لها صورا كثيرة وبينوا الحكم في كل من هذه الصور وهي في مذاهب الفقه الإسلامي كالآتي: . عند المالكية : إذا دَرَسَ الموصي الزرع وَصَفَّاهُ لَا مُجَرَّدُ الْحَصْدِ بَلْ لَا بُدَّ مِنْ التَّذْرِيَةِ عَلَى الْمُعْتَمَدِ فانه رجوع عن الوصية وَجَذُّ

الثَّمَرَةِ الْمُوصَىْ بِهَا لَا يُبْطِلُهَا وَظَاهِرُهُ وَلَوْ بَعْدَ يُبْسِهَا ، وَنَسْجِ غَزْلٍ وَصَوْغِ فِضَّةٍ أَوْصَى بِهَا وحَشْوِ قُطْنٍ أَوْصَى بِهَ فهو رجوع إذَا كَانَ لَا يَخْرُجُ مِنْهُ بَعْدَ الْحَشْوِ إلَّا دُونَ نِصْفِهِ كَحَشْوِهِ بِثَوْبٍ كَالْمَضْرِبَةِ وَأَمَّا حَشْوُهُ فِي نَحْوِ وِسَادَةٍ فَلَا يُفِيتُهُ لِخُرُوجِ النِّصْفِ وَمَا قَارَبَهُ مِنْهَا وَأَوْلَى فِي عَدَمِ الْفَوَات خُرُوجُ أَكْثَرِهِ وَذَبْحِ شَاةٍ أَوْ نَحْوِهَا أَوْصَى بِهَا . [١٥]

الْمَشْهُورُ مِنْ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ إذَا أَوْصَى لِزَيْدٍ بِعَرْصَةِ دَارٍ ، أَوْ أَرْضٍ ثُمَّ بَنَاهَا الْمُوصِي دَارًا مَثَلًا ، فَإِنَّ ذَلِكَ لَا يُبْطِلُ الْوَصِيَّةَ وَيَشْتَرِكَانِ فِيهَا هَذَا بِقِيمَةِ بِنَائِهِ يَوْمَ التَّنْفِيذِ قَائِمًا ؛ لِأَنَّ لَهُ شُبْهَةً ، وَهَذَا بِقِيمَةِ عَرْصَتِهِ وَمِثْلُ الْبِنَاءِ الْغَرْسُ وَ ِيَعُمَّ هذا الدَّارَ وَالْعَرْصَةَ وَنَحْوَهُمَا وَكَذَلِكَ يَشْتَرِكَانِ فِيمَا إذَا أَوْصَى بِشَيْءٍ مُعَيَّنٍ لِزَيْدٍ ثُمَّ أَوْصَى بِهِ لِعَمْرٍو إلَّا أَنْ تَقُومَ قَرِينَةٌ بَيِّنَةٌ تَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ أَرَادَ بِهِ الثَّانِيَ . [١٦]

. عند **الحنفية** : أي فَعَلَ مما يَدُلُّ عَلَى الرُّجُوعِ كَانَ رُجُوعًا ، وَكَذَا الدَّلَالَةُ لِأَنَّهَا تَعْمَلُ عَمَلَ الصَّرِيحِ فَقَامَ مَقَامَ قَوْلِهِ قَدْ أُبْطِلَتْ ، وَصَارَ كَالْبَيْعِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ فَإِنَّهُ يَبْطُلُ الْخِيَارُ فِيهِ بِالدَّلَالَةِ ، ثُمَّ كُلُّ فِعْلٍ لَوْ فَعَلَهُ الْإِنْسَانُ فِي مِلْكِ الْغَيْرِ يَنْقَطِعُ بِهِ حَقُّ الْمَالِكِ ، فَإِذَا فَعَلَهُ الْمُوصِي كَانَ رُجُوعًا ، وَكُلُّ فِعْلٍ يُوجِبُ زِيَادَةً فِي الْمُوصَى بِهِ وَلَا يُمْكِنُ تَسْلِيمُ الْعَيْنِ إلَّا بِهَا فَهُوَ رُجُوعٌ إذَا فَعَلَهُ ، مِثْلُ السَّوِيقِ يَلُتُّهُ بِالسَّمْنِ وَالدَّارِ يَبْنِي فِيهِ الْمُوصِي وَالْقُطْنِ يَحْشُو بِهِ وَالْبِطَانَةِ يُبَطِّنُ بِهَا وَالظِّهَارَةِ يُظَهِّرُ بِهَا ، لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ تَسْلِيمُهُ بِدُونِ الزِّيَادَةِ ، وَلَا يُمْكِنُ نَقْضُهَا لِأَنَّهُ حَصَلَ فِي مِلْكِ الْمُوصِي مِنْ جِهَتِهِ ،[١٧]

بِخِلَافِ تَخْصِيصِ الدَّارِ الْمُوصَى بِهَا وَهَدْمِ بِنَائِهَا لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ فِي التَّابِعِ ، وَكُلُّ تَصَرُّفٍ أَوْجَبَ زَوَالَ مِلْكِ الْمُوصِي فَهُوَ رُجُوعٌ ، كَمَا إذَا بَاعَ الْعَيْنَ الْمُوصَى بِها ثُمَّ اشْتَرَاهَا أَوْ وَهَبَهَا تَمَّ الرَجَوعَ فِيهِ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لَا تَنْفُذُ إلَّا فِي مِلْكِهِ ، فَإِذَا أَزَالَهُ كَانَ رُجُوعًا .

وَذَبْحُ الشَّاةِ الْمُوصَى بِهَا رُجُوعٌ لِأَنَّهُ لِلصَّرْفِ إلَى حَاجَتِهِ عَادَةً ، فَصَارَ هَذَا الْمَعْنَى أَصْلًا أَيْضًا ، وَغَسْلُ الثَّوْبِ الْمُوصَى بِهِ لَا يَكُونُ رُجُوعًا لِأَنَّ مَنْ أَرَادَ أَنْ يُعْطِيَ ثَوْبَهُ غَيْرَهُ يَغْسِلُهُ عَادَةً فَكَانَ تَقْرِيرًا . [١٨]

وَإِنْ جَحَدَ الْوَصِيَّةَ لَمْ يَكُنْ رُجُوعًا كَذَا ذَكَرَهُ مُحَمَّدٌ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ : يَكُونُ رُجُوعًا ، لِأَنَّ الرُّجُوعَ نَفْيٌ فِي الْحَالِ وَالْجُحُودَ نَفْيٌ فِي الْمَاضِي وَالْحَالِ ، فَأَوْلَى أَنْ يَكُونَ رُجُوعًا ، وَلِمُحَمَّدٍ أَنَّ الْجُحُودَ نَفْيٌ فِي الْمَاضِي وَالِانْتِفَاءُ فِي الْحَالِ ضَرُورَةُ ذَلِكَ ، وَإِذَا كَانَ ثَابِتًا فِي الْحَالِ كَانَ الْجُحُودُ لَغْوًا ، أَوْ لِأَنَّ الرُّجُوعَ إثْبَاتٌ فِي

الْمَاضِي وَنَفْيٌ فِي الْحَالِ وَالْجُحُودَ نَفْيٌ فِي الْمَاضِي وَالْحَالِ فَلَا يَكُونُ رُجُوعًا حَقِيقَةً وَلِهَذَا لَا يَكُونُ جُحُودُ النِّكَاحِ فُرْقَةً .[١٩]

وَلَوْ قَالَ كُلُّ وَصِيَّةٍ أَوْصَيْت بِهَا لِفُلَانٍ فَهُوَ حَرَامٌ وَرِبًا لَا يَكُونُ رُجُوعًا لِأَنَّ الْوَصْفَ يَسْتَدْعِي بَقَاءَ الْأَصْلِ بِخِلَافِ مَا إذَا قَالَ فَهِيَ بَاطِلَةٌ لِأَنَّهُ الذَّاهِبُ الْمُتَلَاشِي ، وَلَوْ قَالَ أَخَّرْتهَا لَا يَكُونُ رُجُوعًا لِأَنَّ التَّأْخِيرَ لَيْسَ لِلسُّقُوطِ كَتَأْخِيرِ الدَّيْنِ بِخِلَافِ مَا إذَا قَالَ تَرَكْت لِأَنَّهُ إسْقَاطٌ ، وَلَوْ قَالَ الْعَبْدُ الَّذِي أَوْصَيْت بِهِ لِفُلَانٍ فَهُوَ لِفُلَانٍ كَانَ رُجُوعًا لِأَنَّ اللَّفْظَ يَدُلُّ عَلَى قَطْعِ الشَّرِكَةِ بِخِلَافِ مَا إذَا أَوْصَى بِهِ لِرَجُلٍ ثُمَّ أَوْصَى بِهِ لِآخَر لِأَنَّ الْمَحِلَّ يَحْتَمِلُ الشَّرِكَةَ وَاللَّفْظَ صَالِحٌ لَهَا وَكَذَا إذَا قَالَ فَهُوَ لِفُلَانٍ وَارِثِي يَكُونُ رُجُوعًا عَنْ الْأَوَّلِ وَيَكُونُ وَصِيَّةً لِلْوَارِثِ ، فلو كَانَ فُلَانٌ الْآخَرُ مَيِّتًا حِينَ أَوْصَى فَالْوَصِيَّةُ الْأُولَى عَلَى حَالِهَا لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ الْأُولَى إنَّمَا تَبْطُلُ ضَرُورَةَ كَوْنِهَا لِلثَّانِي وَلَمْ يَتَحَقَّقْ فَبَقِيَ لِلْأَوَّلِ وَلَوْ كَانَ فُلَانٌ حِينَ قَالَ ذَلِكَ حَيًّا ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِي فَهِيَ لِلْوَرَثَةِ لِبُطْلَانِ الْوَصِيَّتَيْنِ الْأُولَى بِالرُّجُوعِ وَالثَّانِيَةِ بِالْمَوْتِ . [٢٠]

ـ عند **الشافعية :** يحصل الرجوع عن الوصية لا بصيغة رجوع بل بتصرف الموصي فيها ببيع وإن حصل بعده فسخ ولو بخيار المجلس و نحوه كإعتاق او إصداق من التصرفات الناجزة اللازمة في الحياة بالإجماع كما نقله ابن المنذر لأنه يدل على الإعراض عن الوصية وتنفذ هذه التصرفات ولا تعود الوصية لو عاد الملك وكذا هبة أو رهن مع قبض في كل منهما رجوع جزما لزوال الملك في الأولى وتعريضه للبيع في الثانية ولكن في الرهن وجه أنه ليس برجوع لأنه لا يزيل الملك وكذا دونه ، ولكن يكون ذلك رجوعا من غير قبض فيهما في الأصح لأنه عرضة لزوال الملك وذلك يدل على الإعراض عن الوصية.[٢١] ويحصل الرجوع أيضا بالوصية بهذه التصرفات فيما أوصى به كبيع وهبة الموصى به لإشعاره بالرجوع وكذا توكيله في بيع الموصى به وعرضه عليه أو على الرهن أو الهبة يكون رجوعا في الأصح لأنه توسل إلى أمر يحصل به الرجوع . [٢٢]

ولو أجر الموصي الدار الموصى بها أو أعارها أو استخدمها أو ركب المركوب أو لبس الثوب أو أذن للرقيق في التجارة أو كانت جارية فزوجها أو وطئها أو علمها صنعة أو عبدا فزوجه أو علمه صنعة أو سئل عن الوصية فقال لا أدري لم يكن رجوعا لأن هذا لا ينافي الوصية بل هي إما انتفاع وله المنفعة والرقبة قبل موته وإما استصلاح قصد به إفادة الموصى له .

هذا كله في وصية بمعين فإن أوصى بثلث ماله ثم هلك أو تصرف في جميعه ببيع أو غيره لم يمكن رجوعا لأن الثلث مطلق لا يختص بما ملكه وقت الوصية بل العبرة بما ملكه عند الموت زاد أو نقص أو تبدل. (٢٣)

وخلط حنطة معينة وصى بها بحنطة أخرى فهو رجوع سواء أخلطها بمثلها أم بغيره لتعذر التسليم بما أحدثه في العين ، والمراد بالخلط ما لا يمكن تمييزه فإن أمكن فليس برجوع . والذي خلطها هو الموصي فان اختطلت بنفسها أو خلطها غيره بغير إذنه لم يؤثر ذلك على الوصية .(٢٤)

وان كان الموصى به صاعا مثلا من الحنطة بغير تعيين فحكمه ان خلطها الموصي بأجود منها فهو رجوع لأنه أحدث بالخلط زيادة لم يرض بتسليمها ولا يمكن بدونها ، فإن أوصى بصاع من حنطة ولم يصفها ولم يعين الصاع فلا أثر للخلط ويعطيه الوارث ما شاء من حنطة التركة .(٢٥)

وان طحن حنطة وصى بها او بذرها او عجن دقيق او خبز عجين او ذبح شاة او احضن بيض او دبغ جلد او طبخ لحم او غزل قطن او نسج غزل او قطع ثوب او صبغه او جعل الخشب بابا وبناء وغراس في عرصة فانه رجوع عن الوصية لمعنيين أحدهما زوال الاسم قبل استحقاق الموصى له فكان كالتلف والثاني الإشعار بالإعراض عن الوصية . وبخلاف ما لو خاط الثوب وهو مقطوع حين الوصية أو غسله أو نقل الموصى به إلى مكان آخر ولو بعيدا عن محل الوصية فلا يكون ذلك رجوعا إذ لا إشعار لكل منها بالرجوع .(٢٦)

ويخرج البناء والزرع في العرصة فلا يكون رجوعا كلبس الثوب إلا اذا كان المزروع مما تبقى أصوله ، ولو عمر بستانا أو أوصى به لم يكن رجوعا إلا اذا غير اسمه كأن جعله خانا أو لم يغيره لكن أحدث فيه بابا من عنده فيكون رجوعا ولو أوصى بمنفعة رقيق مثلا سنة ثم أجره سنة ومات عقب الإجارة بطلت وصيته لأن المستحق للموصى له السنة الأولى فإذا انصرفت إلى جهة أخرى بطلت الوصية أو مات بعد ستة أشهر بطلت في النصف الأول ، ولو حبس الرقيق الوارث السنة بلا عذر غرم للموصى له الأجرة ، ولو أوصى بخدمة عبد لشخص سنة غير معينة صح ذلك ويعين الوارث ذلك . (٢٧)

ولو أوصى الموصي بعدد كأن اوصى لزيد بمائة معينة ثم بمائة أخرى معينة استحقهما وإن أطلقهما أو إحداهما فمائة لأنها المتيقنة المنفعة ، ولو أوصى له بمائة ثم بخمسين فخمسون فقط لأنه ربما قصد تقليل حقه فيؤخذ باليقين وإن أوصى له بخمسين ثم بمائة فمائة لأنها المتيقنة فلو وجدنا الوصيتين ولم نعلم المتأخرة منهما أعطي المتيقن وهو خمسون لاحتمال تأخر الوصية بها ، ولو أوصى لزيد بمائة ولعمرو بمائة ثم قال لآخر أشركتك معهما أعطي نصف ما بيدهما ولو أوصى بعين لزيد ثم أوصى بها لعمرو لم يكن رجوعا عن وصيته لاحتمال إرادة التشريك فيشرك بينهما كما لو قال دفعة واحدة أوصيت بها لكما . ولو أوصى بعين لزيد ثم بنصفها لعمرو وقبلا اقتسماها أثلاثا ثلثاها للأول وثلثها للثاني فإن رد الأول فنصفها للثاني أو الثاني فكلها للأول .[٢٨]

. عند **الحنابلة :** إن أوصى الموصي لشخص بخاتم ولآخر بفصه صح وليس لواحد منهما الانتفاع به إلا بإذن صاحبه وأيهما طلب قلع الفص من الخاتم أجيب إليه وأجبر الآخر عليه وإن اتفقا على بيعه أو اصطلحا على لبسه جاز لأن الحق لهما لا يعدوهما وإن أوصى لرجل بدينار من غلة داره وغلتها ديناران صح فإن أراد الورثة بيع نصفها وترك النصف الذي أجره دينار فله منعهم منه لأنه يجوز أن ينقص أجره عن الدينار وإن كانت الدار لا تخرج من الثلث فلهم بيع ما زاد عليه وعليهم وترك الثلث فإن كانت غلته دينارا أو أقل فهو للموصى له وإن كانت أكثر فله دينار والباقي للورثة .[٢٩]

وإذا أوصى لرجل بحب زرعه ولآخر بنبته صح والنفقة بينهما لأن كل واحد منهما تعلق حقه بالزرع فإن امتنع أحدهما من الإنفاق فهما بمنزلة الشريكين في أصل الزرع إذا امتنع أحدهما من سقيه والإنفاق عليه فيخرج في ذلك وجهان أحدهما : يجبر على الإنفاق عليه هذا قول أبي بكر لأن في ترك الإنفاق ضررا عليهما وإضاعة المال لقول النبي عليه الصلاة والسلام " لا ضرر ولا ضرار "[٣٠] ونهى عن إضاعة المال ، والوجه الآخر : لا يجبر لأنه لا يجبر على الإنفاق على مال نفسه ولا مال غيره إذا كان كل واحد منهما منفردا فكذلك إذا اجتمعا واصل الوجهين إذا استهدم الحائط المشترك فدعا أحد الشريكين الآخر إلى مباناته فامتنع ، وينبغي أن تكون النفقة بينهما على قدر قيمة حق كل واحد منهما كما لو كانا مشتركين في أصل الزرع .[٣١]

وإذا أوصى بجارية لبشر ثم أوصى بها لبكر فهي بينهما وجملة ذلك أنه إذا أوصى لرجل بمعين من ماله ثم وصى به لآخر أو وصى له بثلثه ثم وصى لآخر بثلثه أو وصى بجميع ماله لرجل ثم وصى به لآخر

فهو بينهما ولا يكون ذلك رجوعا في الوصية الأولى وبهذا قال ربيعة و الثوري و إسحاق و ابن المنذر[٣٢] ، وقال جابر بن زيد و الحسن و عطاء و طاووس و داود : وصيته للآخر منهما لأنه وصى للثاني بما وصى به للأول فكان رجوعا كما لو قال ما وصيت به لبشر فهو لبكر ولأن الثانية تنافي الأولى فإذا أتى بها كان رجوعا كما لو قال : هذا لورثتي ، ويرجح أنه وصى لهما بها فاستويا فيها كما لو قال لهما : وصيت لكما بالجارية وأما ما قاسوا عليه فانه صرح فيه بالرجوع عن وصيته لبشر وفي مسألتنا يحتمل أنه قصد التشريك فلم تبطل وصية الآخر بالشك .

وإن قال الموصي ما أوصيت به لفلان فنصفه لفلان أو ثلثه كان رجوعا في القدر الذي وصى به للثاني خاصة وباقيه للأول .[٣٣]

وإن وصى بحب ثم طحنه أو بدقيق فعجنه أو بعجين فخبزه أو بخبز ففتته كان رجوعا لأنه أزال اسمه وعرضه للاستعمال فدل على رجوعه وإن وصى بكتان أو قطن فغزله أو بغزل فنسجه أو بثوب فقطعه أو شاة فذبحها كان رجوعا واختار أبو الخطاب أنه ليس برجوع وهو قول أبي ثور لأنه لا يزيل الاسم ، ويرجح أنه عرضه للاستعمال فكان رجوعا ولا يصح قوله أنه لا يزل الاسم فإن الثوب لا يسمى غزلا والغزل لا يسمى كتانا .[٣٤].

أما إن وصى بشيء معين ثم خلطه بغيره على وجه لا يتميز منه كان رجوعا لأنه يتعذر بذلك تسليمه فيدل على رجوعه فإن خلطه بما يتميز منه لم يكن رجوعا لأنه يمكن تسليمه وإن وصى بقفيز قمح من صبرة ثم خلطها بغيرها لم يكن رجوعا سواء خلطها بمثلها أو بخير منها أو دونها لأنه كان مشاعا وبقي مشاعا وقيل أن خلطه بخير منه كان رجوعا لأنه لا يمكنه تسليم الموصى به إلا بتسليم خير منه ولا يجب على الوارث تسليم خير منه فصار متعذر التسليم بخلاف ما إذا خلطه بمثله أو دونه .[٣٥]

وإذا حدث بالموصى به ما يزيل اسمه من غير فعل الموصي مثل أن سقط الحب في الأرض فصار زرعا أو انهدمت الدار فصارت فضاء في حياة الموصي بطلت الوصية بها لأن الباقي لا يتناوله الاسم وإن كان انهدام الدار لا يزيل اسمها سلمت إليه دون ما انفصل منها لأن الاسم حين الاستحقاق يقع على المتصل دون المنفصل ويتبع الدار في الوصية ما يتبعها في البيع .[٣٦]

وإن جحد الوصية لم يكن رجوعا في أحد الوجهين لأنه عقد فلا يبطل بالجحود كسائر القعود والثاني : يكون رجوعا لأنه يدل على أنه لا يريد إيصاله الى الموصى له ، وان غسل الثوب او لبسه او جصص الدار او سكنها ، او كانت امة فأجرها او زوجها او علمها او وطئها لم يكن رجوعا لأن ذلك لا يزيل الملك ولا الاسم ولا يدل على الرجوع ويحتمل أن وطء الأمة رجوع لأنه يعرضها للخروج عن جواز النقل والأول أولى لأنه انتفاع لا يزيل الملك في الحال ولا يفضي إليه يقينا فليس برجوع .[٣٧]

نخلص الى ان خلط الموصى به بغيره خلطاً يعسر تمييزه ، وطحن حنطة وعجن دقيق وغزل قطن ونسج غزل ، وقطع ثوب قميصاً ، وصوغ معدن من ذهب أو فضة ، وبناء وغراس في ساحة يعد رجوعا ضمنيا .

إلا أن المالكية لا يعتبرون الفعل أو التصرف رجوعاً إلا إذا ذهب بجوهر الموصى به وحقيقته أو كان استهلاكاً له ، أو دل دليل على أن الموصي قصد به الرجوع عن الوصية ، فهم يوافقون الجمهور في الرجوع بصريح القول ، وبالفعل الاستهلاكي من أكل وذبح وإحراق ، ولكنهم لا يعتبرون رجوعاً خلط الشيء بغيره خلطاً يعسر تمييزه ، وزيادة الموصى به زيادة متصلة ، وحصد الزرع الموصى به ودرسه بدون تذرية على المعتمد ؛ لأنه لم يزل عنه اسم الزرع . فالخلط المذكور وزيادة الموصى به لا تعد رجوعاً عند المالكية خلافاً لغيرهم .

ويعتبر عند الحنفية رجوعاً في الأصح وهو قول أبي يوسف جحود الوصية أي إنكارها بأن قال الموصي: لم أوص ؛ لأن إنكاره الوصية دليل على عدم رضاه عنها ، وهو ينبئ عن قصده الرجوع فيها. ولا يعد الجحود عند محمد والشافعية والحنابلة رجوعاً عن الوصية ؛ لأنها عقد ، فلا تبطل بالجحود كسائر العقود .

ويعد التوكيل في البيع والعرض على البيع أو الرهن أو الهبة ، وبناء وغرس الأرض الموصى بها وانهدام الدار كلها أو بعضها رجوعاً عند الشافعية والحنابلة ، ولا يعد رجوعاً عندهم زرع الأرض بما لا تبقى أصوله كلبس الثوب ، كما لا يعتبر رجوعاً بالاتفاق خلط الموصى به بحيث لا يعسر تمييزه عن بعضه كخلط الحنطة بالفاصولياء ، ولبس الثوب الموصى به وغسله ، والسكنى في المكان الموصى به ، وإجارته أو إعارته ، وتحسينه كالتجصيص وإعادة بناء السقف .[٣٨]

المطلب الثاني

اثر تصرف الموصي في وصيته بعد إنشائها في القوانين المقارنة

نصت القوانين المقارنة على بعض صور تصرف الموصي في وصيته بعد انشائها وأثر هذا التصرف على الوصية ومن ذلك ما نص عليه قانون الاحوال الشخصية القطري في مسألة التشريك بين الموصى له وغيره في المادة ٢٤٨ بقوله :" من اوصى بشئ معين لشخص ثم اوصى به لاخر قسم بينهما بالتساوي ما لم يثبت انه قصد بذلك العدول عن الوصية للاول ." ونص قانون الاحوال الشخصية الاماراتي المرقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥م حرفيا على هذا الحكم في المادة ٢/٢٦٤ منه ، اما قانون الاحوال الشخصية العراقي المرقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩م فلم ينص على حكم هذا التصرف في الوصية .

ومن تلك الصور لتصرفات الموصي التي نصت عليها القوانين المقارنة مسألة جحد الوصية أو انكارها فقد نص قانون الوصية المصري المرقم ٧١ لسنة ١٩٤٦م في المادة ١٩ على أن :" لا يعتبر رجوعا عن الوصية جحدها "[٣٩] ، ونص قانون الاحوال الشخصية السوري المرقم ٥٩ لسنة ١٩٥٣م على أن :" لا يعتبر انكار الايصاء رجوعا "[٤٠] ، والى مثله ذهب قانون الاحوال الشخصية الكويتي المرقم ٥١ لسنة ١٩٨٤م بقوله :" لا يعتبر رجوعا عن الوصية جحدها " في المادة ٢٢٩ منه ، ونص على ذلك حرفيا قانون الاحوال الشخصية القطري .[٤١]

أما قانون الاحوال الشخصية العراقي المرقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩م فلم ينص على حكم هذا التصرف في الوصية .

ومن التصرفات التي تطرأ على الوصية والتي نصت عليها القوانين المقارنة مسألة التصرف الذي يزيل اسم الموصى به او يغير معظم صفاته أو يزيل بناء العين الموصى بها أو يوجب فيه زيادة لا يمكن تسليم العين الموصى بها الا بها ولم تعتبر القوانين المقارنة هذه التصرفات رجوعا عن الوصية الا اذا دلت قرينة او عرف على ان الموصي قصد بذلك الرجوع عن الوصية ، ومن هذه القوانين قانون الوصية المصري وقانون الاحوال الشخصية السوري وقانون الاحوال الشخصية القطري وقانون الاحوال الشخصية الكويتي .[٤٢]

أما قانون الاحوال الشخصية العراقي فقد اعتبر هذه التصرفات رجوعا عن الوصية وسببا من أسباب بطلانها حيث نص على انه :" تبطل الوصية بتصرف الموصي بالموصى به تصرفا يزيل اسم الموصى به أو معظم صفاته ."[٤٣]

وبذلك يكون قانون الأحوال الشخصية العراقي قد خالف القوانين العربية في حكم هذا التصرف فاعتبره رجوعا عن الوصية على خلاف القوانين المقارنة التي أخذت برأي الجمهور (غير الحنفية) بعدم اعتبار الجحود (إنكار الوصية) رجوعاً ، وليس من الرجوع الفعل الذي يزيل اسم الموصى به أو يغير معظم صفاته إلا إذا دلت قرينة أو عرف على أن الموصي يقصد به الرجوع عن الوصية . والتي أخذت كذلك بالمذهب المالكي في زيادة الموصى به زيادة لا يمكن تسليمه إلا بها فلم تعده رجوعا إلا بدلالة قرينة أو عرف على الرجوع .

أما عن حكم الزيادة التي يحدثها الموصي في العين الموصى بها بعد انشاء الوصية فقد فصلت فيه القوانين المقارنة ومنها قانون الوصية المصري الذي عقد له فصلا خاصا وهو الفصل الخامس من القانون المواد ٧١ . ٧٦ والتي جاء فيها :" اذا غير الموصي معالم العين الموصى بها او زاد في عمارتها شيئا مما لا يستقل بنفسه كالمرمة والتجصيص كانت العين كلها وصية . وان كانت الزيادة مما يستقل بنفسه كالغراس والبناء شارك الورثة الموصى له في كل العين بقيمة الزيادة قائمة ."[٤٤]

و " اذا هدم الموصي العين الموصى بها واعاد بناءها على حالتها الاولى ولو مع تغيير معالمها كانت العين بحالتها الجديدة وصية . وان عاد البناء على وجه اخر اشترك الورثة بقيمته مع الموصى له في جميع العين ."[٤٥]

" اذا هدم الموصي العين الموصى بها وضم الارض الى ارض مملوكة له وبنى فيها اشترك الموصى له مع الورثة في جميع الارض والبناء بقيمة ارضه ."[٤٦]

واستثناءا من أحكام المواد المذكورة آنفا إذا كان ما دفعه الموصي او زاده في العين يتسامح في مثله عادة ألحقت الزيادة بالوصية وكذلك تلحق الزيادة التي لا يتسامح فيها إذا وجد ما يدل على أن الموصي قصد إلحاقها بها .[٤٧] .

ونصت المادة ٧٥ من القانون المصري على أنه :" اذا جعل الموصي من بناء العين الموصى بها ومن بناء عين مملوكة له وحدة لا يمكن معها تسليم الموصى به منفردا اشترك الموصى له مع الورثة بقدر قيمة وصيته ".

وبهذه الأحكام جاء قانون الأحوال الشخصية الكويتي المرقم ٥١ لسنة ١٩٨٤م في المواد (٢٨٠ـ٢٨٥) منه ، وقانون الأحوال الشخصية السوري المرقم ٥٩ لسنة ١٩٥٣م في المواد (٢٥٣ . ٢٥٦) .

فإذن تقضي هذه النصوص بأنه إذا طرأت زيادة في الموصى به من قبل الموصي بعد الإيصاء ، فلا يعد ذلك رجوعاً عن الوصية وهو من المذهب المالكي ، وأخذ به القانون المصري وقرر أحوال الزيادة وأحكامها ، وتابعه القانون السوري ، وبناء على هذه النصوص القانونية فان هذه الأحوال والأحكام هي أربعة :

الحال الأولى . الزيادة غير المستقلة بنفسها :

إذا زاد الموصي في العين الموصى بها شيئاً لا يستقل بنفسه كترميم الدار وتجصيصها ، فيلتحق بالموصى به ، وتكون العين كلها وصية، وليس للورثة أي حق فيها ؛ لأن هذه الزيادة ليست لها قيمة مالية منفصلة عن العين . ويلحق بها الزيادة البسيطة التي يتسامح فيها عادة ، كزيادة حمام أو غرفة صغيرة في البناء فتكون العين مع الزيادة وصية . كما يلحق بها الزيادة المستقلة بنفسها إذا قصد الموصي إلحاقها بالوصية بقرينة من القرائن .

الحال الثانية . الزيادة المستقلة بنفسها :

إذا زاد الموصي في العين شيئاً يستقل بنفسه كغرس الأرض والبناء عليها ، أو كانت الزيادة غير المستقلة مما لا يتسامح فيها عادة، أصبح الورثة شركاء مع الموصى له في كل العين الموصى بها مع زوائدها، وتكون حصة الورثة بمقدار قيمة الزيادة قائمة ، أي قيمة الغراس والبناء قائماً بدون الأرض .

الحال الثالثة . الزيادة بالهدم والبناء الجديد :

إذا هدم الموصي العقار الموصى به ، وأعاد بناءه مع تغيير معالمه ، كأن يكون الموصى به داراً، فأعاد بناءها بنمط آخر أو بمواد أخرى ، كانت الدار بحالتها الجديدة وصية بدل الأولى ، لا حق للورثة في شيء منها.

أما إن أعاد بناء الدار على نحو آخر لا يعده العرف تجديداً للأول ،كأن كانت من طابق واحد ، فجعلها عمارة ذات طبقات ، كانت العمارة كلها شركة بين الموصى له والورثة ، ويكون نصيب الموصى له فيها بقيمة أرضه ، ونصيب الورثة بقيمة البناء قائماً .

وكذلك إن ضم إلى الأرض القديمة أرضاً أخرى ، كانت العمارة الجديدة شركة أيضاً ، وتكون حصة الوصية هي قيمة الأرض الموصى بها ؛ لأنه بإزالة البناء قد انحصرت الوصية في الأرض . وتكون حصة الورثة هي قيمة البناء قائماً وقيمة الأرض غير الموصى بها .

الحال الرابعة . إدماج البناءين :

إذا جعل الموصي البناء الموصى به مع بناء آخر وحدة سكنية واحدة لا يمكن معها تسليم العين الموصى بها منفردة ، كأن كانتا دارين أوصى بإحداهما ، ثم جعلهما داراً واحدة ، اشترك الموصى له مع الورثة ، بقدر قيمة الدار الموصى بها قبل هذا التغيير والضم .

أما قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ والتعديلات اللاحقة له فلم ينص على هذه الأحكام جميعها مما يعد نقصا تشريعيا واضحا نقترح إكماله في ختام هذا البحث .

الخاتمة

وفي ختام هذا البحث نتوصل الى جملة من النتائج والمقترحات القانونية المنظمة لموضوع البحث وهي الآتية :.

أولا : النتائـج :.

١. أجمع أهل العلم على أن للموصي أن يرجع في جميع ما أوصى به وفي بعضه لما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال :" يغير الرجل ما شاء من الوصية " .

٢. ويحصل الرجوع بقول الموصي : رجعت في وصيتي أو أبطلتها أو غيرتها أو ما أوصيت به لفلان فهو لفلان أو فهو لورثتي أو في ميراثي أو أوصى لرجل بطعام فأكله أو بشيء فأتلفه أو تصدق به أو وهبه أو بجارية فأحبلها أو أولدها فانه يكون رجوعا عن الوصية .

٣. وتبَطَلَ الْوَصِيَّةُ بِالرُجُوعِ فِيهَا مِنْ الْمُوصِي سَوَاءٌ وَقَعَ مِنْهُ الْإِيصَاءُ فِي صِحَّةٍ أَوْ مَرَضٍ ؛ لِأَنَّهَا مِنْ الْعُقُودِ الْجَائِزَةِ إجْمَاعًا فَيَجُوزُ لَهُ الرُّجُوعُ فِيهَا مَا دَامَ حَيًّا وَإِنْ كَانَ رُجُوعُهُ بِمَرَضٍ .

٤. وَيَجُوزُ لِلْمُوصِي الرُّجُوعُ عَنْ الْوَصِيَّةِ لِوَجْهَيْنِ : أَحَدِهِمَا : أَنَّهُ تَبَرُّعٌ لَمْ يَتِمَّ ؛ لِأَنَّ تَمَامَهَا بِمَوْتِ الْمُوصِي وَالتَّبَرُّعُ التَّامُّ كَالْهِبَةِ جَازَ الرُّجُوعُ فِيهِ فَفِيمَا لَمْ يَتِمَّ أَوْلَى . وَالثَّانِي : أَنَّ الْقَبُولَ يَتَوَقَّفُ عَلَى الْمَوْتِ ، وَالْإِيجَابُ الْمُفْرَدُ يَجُوزُ إبْطَالُهُ فِي الْمُعَاوَضَاتِ كَمَا فِي الْبَيْعِ فَفِي التَّبَرُّعِ أَوْلَى .

٥. اتفق الفقهاء أيضاً على أن الرجوع عن الوصية يكون إما بالقول الصريح ، أو بالدلالة وهو ما يجري مجرى الصريح قولاً أو فعلاً ، ومن أمثلة الرجوع الصريح: أن يقول الموصي : نقضت الوصية أو أبطلتها أو رجعت فيها ، أو فسختها أو أزلتها ، ونحوها من الصرائح ، ومن أمثلة ما يجري مجرى الصريح أن يقول : هو حرام على الموصى له ، أو هذا لوارثي أو يقوم بتصرف في الموصى به يدل على رجوعه كالبيع والإصداق ، والهبة والرهن مع قبض أم لا ، واستهلاك الشيء كذبح الشاة الموصى بها أو أكلها .

٦. نصت القوانين المقارنة على حق الموصي في التصرف في وصيته بعد انشائها بجميع انواع التصرفات واهمها الرجوع عن الوصية كلا او بعضا صراحة او دلالة ، ويعتبر رجوعا صراحة كل فعل او تصرف يدل بقرينة او عرف على الرجوع عنها ما لم يصرح الموصي بانه لم يقصد الرجوع ، ومن الرجوع دلالة كل تصرف يزيل ملك الموصي عن الموصى به أو يفوت الموصى به ، أما قانون

الاحوال الشخصية العراقي فقد جعل رجوع الموصي عما اوصى به احد اسباب بطلان الوصية واشترط دليلا للرجوع يعدل قوة الدليل الذي ثبتت به الوصية .

٧. لقد فصل الفقهاء المسلمون في تصرفات الموصي في وصيته بعد إنشائها وضربوا لها صورا كثيرة وبينوا الحكم في كل من هذه الصور وهي كثيرة ومتنوعة في مذاهب الفقه الإسلامي بتنوع الموصى به .

٨. كُلُّ فِعْلٍ يُوجِبُ زِيَادَةً فِي الْمُوصَى بِهِ وَلَا يُمْكِنُ تَسْلِيمُ الْعَيْنِ إلَّا بِهَا فَهُوَ رُجُوعٌ إذَا فَعَلَهُ الموصي .

٩. إذَا بَاعَ الْعَيْنَ الْمُوصَى بِهِا ثُمَّ اشْتَرَاهُا أَوْ وَهَبَهُا تَمَّ الرَجَوعَ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لَا تَنْفُذُ إلَّا فِي مِلْكِهِ ، فَإِذَا أَزَالَهُ كَانَ رُجُوعًا وَذَبْحُ الشَّاةِ الْمُوصَى بِهَا رُجُوعٌ ، وَغَسْلُ الثَّوْبِ الْمُوصَى بِهِ لَا يَكُونُ رُجُوعًا لِأَنَّ مَنْ أَرَادَ أَنْ يُعْطِيَ ثَوْبَهُ غَيْرَهُ يَغْسِلُهُ عَادَةً فَكَانَ تَقْرِيرًا .

١٠.ويحصل الرجوع أيضا بالوصية بهذه التصرفات فيما أوصى به كبيع وهبة الموصى به لإشعاره بالرجوع وكذا توكيله في بيع الموصى به وعرضه عليه أو على الرهن أو الهبة يكون رجوعا في الأصح لأنه توسل إلى أمر يحصل به الرجوع .

١١.وخلط حنطة معينة وصى بها بحنطة أخرى فهو رجوع سواء أخلطها بمثلها أم بغيره لتعذر التسليم بما أحدثه في العين ، والمراد بالخلط ما لا يمكن تمييزه فإن أمكن فليس برجوع والذي خلطها هو الموصي فان اختلطت بنفسها أو خلطها غيره بغير إذنه لم يؤثر ذلك على الوصية .

١٢.ويعتبر عند الحنفية رجوعاً في الأصح وهو قول أبي يوسف جحود الوصية أي إنكارها بأن قال الموصي: لم أوص ؛ لأن إنكاره الوصية دليل على عدم رضاه عنها ، وهو ينبئ عن قصده الرجوع فيها. ولا يعد الجحود عند محمد والشافعية والحنابلة رجوعاً عن الوصية ؛ لأنها عقد ، فلا تبطل بالجحود كسائر العقود .

١٣.بناء وغرس الأرض الموصى بها وانهدام الدار كلها أو بعضها رجوعاً عند الشافعية والحنابلة ، ولا يعد رجوعاً عندهم زرع الأرض بما لا تبقى أصوله كلبس الثوب ، كما لا يعتبر رجوعاً بالاتفاق خلط الموصى به بحيث لا يعسر تمييزه عن بعضه ، ولبس الثوب الموصى به وغسله ، والسكنى في المكان الموصى به وإجارته أو إعارته أوتحسينه .

١٤.نصت القوانين المقارنة على بعض صور تصرف الموصي في وصيته بعد انشائها وأثر هذا التصرف على الوصية ومن ذلك مسألة التشريك بين الموصى له وغيره ومسألة جحد الوصية أو انكارها ومسألة التصرف الذي يزيل اسم الموصى به او يغير معظم صفاته أو يزيل بناء العين الموصى بها أو يوجب فيه زيادة لا يمكن تسليم العين الموصى بها الا بها ولم تعتبر القوانين المقارنة هذه التصرفات رجوعا عن الوصية الا اذا دلت قرينة او عرف على ان الموصي قصد بذلك الرجوع عن الوصية ، وكذلك فصلت القوانين المقارنة في حكم الزيادة التي يحدثها الموصي في العين الموصى بها بعد انشاء الوصية وعقدت لها فصلا خاصا وبينت أحوالها والحكم في كل حال منها والتي هي الزيادة غير المستقلة بنفسها والزيادة المستقلة بنفسها والزيادة بالهدم والبناء الجديد وإدماج البناءين .

١٥.قانون الأحوال الشخصية العراقي لم ينص على جميع الأحكام المتقدمة مما يعد نقصا تشريعيا واضحا نقترح إكماله بالنصوص المقترحة الآتية .

ثانيا : المقترحات :.

النصوص المقترحة لتنظيم موضوع البحث في قانون الأحوال الشخصية العراق يمكن ان تكون على الشكل الآتي :.

١. " يجوز للموصي الرجوع عن الوصية كلا او بعضا صراحة او دلالة ، ويعتبر رجوعا عن الوصية صراحة كل فعل او تصرف يدل بقرينة او عرف على الرجوع عنها ما لم يصرح

الموصي بانه لم يقصد الرجوع ، ومن الرجوع دلالة كل تصرف يزيل ملك الموصي عن الموصى به أو يفوت الموصى به" .

٢. " من اوصى بشئ معين لشخص ثم اوصى به لاخر قسم بينهما بالتساوي ما لم يثبت انه قصد بذلك العدول عن الوصية للاول ."

٣. " لا يعتبر رجوعا عن الوصية جحدها . "

٤. " التصرف الذي يزيل اسم الموصى به او يغير معظم صفاته أو يزيل بناء العين الموصى بها أو يوجب فيه زيادة لا يمكن تسليم العين الموصى بها الا بها لا يعتبر رجوعا عن الوصية الا اذا دلت قرينة او عرف على ان الموصي قصد بذلك الرجوع عن الوصية ."

٥. " إذا غير الموصي معالم العين الموصى بها او زاد في عمارتها شيئا مما لا يستقل بنفسه كالترميم والتجصيص كانت العين كلها وصية . وان كانت الزيادة مما يستقل بنفسه كالغراس والبناء شارك الورثة الموصى له في كل العين بقيمة الزيادة قائمة ."

٦. " اذا هدم الموصي العين الموصى بها وأعاد بناءها على حالتها الأولى ولو مع تغيير معالمها كانت العين بحالتها الجديدة وصية . وان عاد البناء على وجه اخر اشترك الورثة بقيمته مع الموصى له في جميع العين ."

٧. " إذا هدم الموصي العين الموصى بها وضم الأرض إلى ارض مملوكة له وبنى فيها اشترك الموصى له مع الورثة في جميع الأرض والبناء بقيمة أرضه ."

٨. " إذا كان ما دفعه الموصي او زاده في العين يتسامح في مثله عادة ألحقت الزيادة بالوصية وكذلك تلحق الزيادة التي لا يتسامح فيها إذا وجد ما يدل على أن الموصي قصد إلحاقها بها ".

٩. " إذا جعل الموصي من بناء العين الموصى بها ومن بناء عين مملوكة له وحدة لا يمكن معها تسليم الموصى به منفردا اشترك الموصى له مع الورثة بقدر قيمة وصيته ".

الهوامش

١ الإجماع ، لمحمد بن ابراهيم بن المنذر ، تحقيق فؤاد عبد المنعم احمد ،دار المسلم ، ط١، ١٤٢٥هـ ، ٢٠٠٤م، ٧٦/١ .

٢ رواه البيهقي في سننه الكبرى ، كتاب الوصايا ، باب الرجوع عن الوصية وتغييرها ، الحديث ١٢٤٣٤ ، ٢٨١/٦

٣ المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني ، لعبد الله بن أحمد بن قدامة ، المتوفى (٦٢٠)هـ ، دار الفكر، بيروت، ط١، ١٤٠٥هـ ٥١٦/٦ .

٤ الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل ، لعبد الله بن قدامة ، المتوفى سنة (٦٢٠)هـ ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ط٥ ، ١٩٨٨م ، ٢٨٩/٢ . كشاف القناع عن متن الإقناع ، لمنصور بن يونس البهوتي ، دار الفكر، بيروت ، ١٤٠٢هـ١٧٤/١٥ .

٥ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لشمس الدين محمد عرفة (ت١٢٣٠هـ)/ مطبعة عيسى البابي الحلبي/ مصر،١٩/ ٣٩٤ .

٦ العناية شرح الهداية ١٦ /٩٣.٨٨ .

٧ سبق تخريجه ، ص٣ .

٨ مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج ، لشمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني ، المتوفى سنة (٩٧٧)هـ ، دار الفكر، بيروت ،٧١/٣ .

٩ ينظر: مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج ، الاشارة نفسها . نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، لمحمد بن شهاب الدين الرملي ، المتوفى سنة (١٠٠٤)هـ ، دار الفكر، بيروت ، ٣٤٦/١٩.

١٠ المادة ١٨ من قانون الوصية المصري .

١١ فقرة د/م ١١٩ من قانون الأحوال الشخصية السوري .

١٢ المادة ٢٢٠ من قانون الأحوال الشخصية السوري .

١٣ المادة ٢٥٣ من قانون الأحوال الشخصية القطري .

١٤ المادة ٧٢ من قانون الأحوال الشخصية العراقي .

١٥ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ٣٩٤/١٩.

١٦ شرح الخرشي على مختصر خليل ، وبهامشه حاشية الشيخ علي العدوي ، دار الفكر ، ١٣١٨هـ ١٧٧/٢٤.

١٧ العناية شرح الهداية ، لمحمد بن محمد بن محمود بن احمد البابرتي الحنفي ، ت٧٨٦هـ ، دون زمان طبع ، ٨٨/١٦ .

١٨ ينظر: العناية شرح الهداية ، ٨٩/١٦ . مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، لعبد الرحمن أفندي داماد ،المطبعة العثمانية ، إسطنبول ، ١٣٢٧هـ ،١٧٨/٩ .

١٩ : العناية شرح الهداية ، الاشارة نفسها . مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ، ١٨٠/٩.

٢٠ الهداية شرح بداية المبتدئ ، للمرغيناني: أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل (ت٥٩٣هـ)، الطبعة الأخيرة ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر،١٣٨٤هـ ، ٨٩/١٦ . الجوهرة النيرة ، شرح متن القدوري الحنفي لابي بكر بن علي الحدادي الزبيدي ، دون زمان طبع ، ٢١٩/٦ . مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ، ١٨٠/٩ .

٢١ مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج ،٧١/٣. نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ،٣٤٧/١٩ .

٢٢ ينظر: (٣) الإشارة نفسها .

٢٣ مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج ، ٣ /٧٢ . نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ٣٥٣/١٩ . حاشية البيجرمي على المنهج ، للشربيني الخطيب، مطبعة البابي الحلبي ، مصر، ١٣٧٠هـ ،٢٢٨/١١

٢٤ مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج ، ٣ /٧٠ . نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ،٣٤٨/١٩ . حاشية البيجرمي على المنهج ، ٢٢٦/١١ .

٢٥ الإشارة نفسها .

٢٦ مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج ، ٧٠/٣ .

٢٧ ينظر: مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج ، ٧١/٣ . أسنى المطالب شرح روض الطالب ، أبويحيى زكريا الأنصاري ، المكتبة الإسلامية ،٢٥/١٤ .

٢٨ الإشارة نفسها .

٢٩ المغني ، ٦ /٥١٠ .

٣٠ الحديث رواه الهيثمي في مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ،عن جابر بن عبدالله ، الحديث ٦٥٣٦ ، في ١٩٨/٤ . ورواه الطبراني في الأوسط وفيه ابن إسحاق وهو ثقة ولكنه مدلس ، ص١٩٩

٣١ المغني ، الإشارة نفسها ، الكافي ٢٨٩/٢ . كشاف القناع ١٨٢/١٥ .

٣٢ الإجماع ، ابن المنذر ، ٧٦/١ .

٣٣ المغني ،٥١٦/٦ .

٣٤ ينظر: المغني ، ٥٢٠/٦ . الكافي ، ٢٨٩/٢ . كشاف القناع ، ١٧٩/١٥ .

٣٥ المغني ، ٦/ ٥٢٠ . الكافي ، ٢٨٩/٢ . كشاف القناع ١٨٠/١٥ .

٣٦ الإشارة نفسها .

٣٧ المغني ، الإشارة نفسها ، الكافي ٢٩٠/٢ . كشاف القناع ١٧٩/١٥.

٣٨ الفقه الإسلامي وأدلته ، وهبة الزحيلي ، ط١، دار الفكر ، د.ت ، ١٠/ ٢٠٤ .

٣٩ المادة ١٩من قانون الوصية المصري .

٤٠ المادة ٢٢١ من القانون السوري .

٤١ (المادة (٢٥٣/أ)من القانون القطري) .

٤٢ المواد (١٩المصري ، ٢٢١ السوري ، ٢٥٣/ب القطري ، ٢٢٩ الكويتي) .

٤٣ المادة ٧٢ /٣ من قانون الأحوال الشخصية العراقي .

٤٤ المادة ٧١ من القانون المصري .

٤٥ المادة ٧٢ من القانون المصري .

٤٦ المادة ٧٣ من القانون المصري .

٤٧ المادة ٧٤ من القانون المصري .

المصادر والمراجع

١. ابو بكر احمد بن الحسين بن علي البيهقي ، السنن الكبرى ، وفي ذيله الجوهر النقي ، ط١ ، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية ، الهند ، ١٣٥٣هـ .

٢. ابو بكر بن علي المعروف بالحدادي الزبيدي ، الجوهرة النيرة ، شرح متن القدوري الحنفي ، دون زمان طبع .

٣. أبويحيى زكريا الأنصاري ، أسنى المطالب شرح روض الطالب ، المكتبة الإسلامية ، دون زمان طبع .

٤. الخرشي ، شرح الخرشي على مختصر خليل ، وبهامشه حاشية الشيخ علي العدوي ، دار الفكر ، ١٣١٨هـ .

٥. الشربيني الخطيب ، حاشية البيجرمي على المنهج ، مطبعة البابي الحلبي ، مصر، ١٣٧٠هـ .

٦. المرغيناني: أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل ، الهداية شرح بداية المبتدئ ، (ت٥٩٣هـ) ، الطبعة الأخيرة ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، مصر،١٣٨٤هـ .

٧. شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج ، المتوفى سنة (٩٧٧)هـ ، دار الفكر، بيروت .

٨. شمس الدين محمد عرفة ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (ت١٢٣٠هـ)، مطبعة عيسى البابي الحلبي ، مصر .

٩. عبد الرحمن أفندي داماد ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ، المطبعة العثمانية ، إسطنبول ، ١٣٢٧هـ .

١٠. عبد الله بن أحمد بن قدامة ، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني ، المتوفى (٦٢٠)هـ ، دار الفكر، بيروت، ط١، ١٤٠٥هـ ٥١٦/٦ .

١١.عبد الله بن احمد بن قدامة ، الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل ، المتوفى سنة (٦٢٠)هـ ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ط٥ ، ١٩٨٨م .

١٢.محمد بن إبراهيم بن المنذر ، الإجماع ، تحقيق فؤاد عبد المنعم احمد ، دار المسلم ، ط١، ١٤٢٥هـ ، ٢٠٠٤م .

١٣.محمد بن شهاب الدين الرملي ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، المتوفى سنة (١٠٠٤)هـ ، دار الفكر، بيروت . دون زمان طبع .

١٤.محمد بن محمد بن محمود بن احمد البابرتي الحنفي ، العناية شرح الهداية ، ت٧٨٦هـ ، دون زمان طبع .

١٥.منصور بن يونس البهوتي ، كشاف القناع عن متن الإقناع ، دار الفكر، بيروت ، ١٤٠٢هـ .

١٦.نور الدين علي بن ابي بكر الهيثمي ، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ، دار الفكر ، بيروت ، ١٤١٢هـ .

١٧.وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ط١، دار الفكر ، دون زمان طبع .

القوانين :■

١. قانون الأحوال الشخصية العراقي المرقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩م .
٢. قانون الوصية المصري المرقم ٧١ لسنة ١٩٤٦م .
٣. قانون الأحوال الشخصية السوري المرقم ٥٩ لسنة ١٩٥٣م .
٤. قانون الأحوال الشخصية القطري .
٥. قانون الأحوال الشخصية الكويتي المرقم ٥١ لسنة ١٩٨٤م .